

PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR*
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O Protocolo de Buenos Aires foi assinado em 04.05.94, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 129, de 05.10.95, e promulgado pelo Dec. nº 2095, de 17.12.96, estando, portanto, em vigor e incorporado à legislação interna, tendo revogado – no âmbito de sua aplicação - as regras legais que dispunham de modo diverso.

Para atender à finalidade deste painel e sujeito à exigüidade do tempo, examinarei inicialmente o disposto no art. 1º do PBA, referindo, na segunda parte, e de modo mais conciso, alguns outros pontos do documento que me pareceram relevantes.

1ª Parte.

1. O PBA se aplica à jurisdição contenciosa internacional.

Jurisdição contenciosa. Na definição de Eduardo Couture, a “jurisdição é a função pública realizada por órgãos competentes do Estado, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato do juízo, se determina o direito das partes, com o objetivo de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente executáveis” (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª ed., 1966, pág. 40). É a jurisdição propriamente dita, que alguns denominam de jurisdição contenciosa, pela qual o Estado atua para compor a lide, tratando de fazer atuar o direito



<http://bdjur.stj.gov.br>

* Aposentado do cargo de Ministro do STJ, a partir de 12/8/2003.
AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional. In: **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, v. 2, n. 21, p. 15-31, set. 2000.

por um juiz imparcial, que age mediante provocação dos interessados. “A verdade é que a jurisdição, como atividade específica do Poder Judiciário, existe por causa do conflito e para solucioná-lo”, como resumiu o mestre Galeno Lacerda (“Comentários ao CPC”, VIII-I-20).

A jurisdição contenciosa a que se refere o PBA se distingue da assim chamada jurisdição voluntária, que não é jurisdição, mas a “administração pública de interesses privados” (Teoria Geral do Processo, Cintra, Grinover e Dinamarco, 4ª ed., pág. 106), de natureza meramente administrativa; em que não há conflito (pretensão resistida ou insatisfeita), mas uma relação jurídica que exige uma providência do Estado; não há partes, porém interessados; não há processo, mas procedimento; e não produz coisa julgada material.

O jurista Athos Gusmão Carneiro, atento à legislação brasileira, cujo Código de Processo Civil dedica um título aos “procedimentos especiais de jurisdição voluntária” (arts. 1103 a 1210), a estes classificou e exemplificou: a) intervenção estatal na formação de sujeitos jurídicos (ex.: registro de estatutos dos partidos políticos perante o Tribunal Superior Eleitoral); b) integração da capacidade jurídica e intervenção no *status* jurídico das pessoas (ex.: nomeação de tutores, curadores, separação judicial por mútuo assentimento, divórcio direto consensual, dúvidas e retificações no Registro de Imóveis, habilitação de casamento, interdição, declaração de ausência, providências sobre menores previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, etc.); c) intervenção em negócios jurídicos (ex.: alienação de bens de menores ou incapazes, ou de coisa comum; sub-rogação de bens clausulados com inalienabilidade; extinção de usufruto e fideicomisso; abertura, registro e confirmação de testamentos; arrecadação de coisas vagas, especialização de hipotecas, etc. (Jurisdição e Competência, 9ª ed., pág. 36). O Prof. Eduardo Couture observou nos Códigos latino-americanos, fiéis ao modelo espanhol, diversos procedimentos dessa índole, nenhum deles com menos



de dez, alguns com mais de quarenta, catalogando-os: medidas de publicidade, atos judiciais de homologação, autorização para realizar um ato, produção de provas, liquidação judicial de impostos, tutela de menores e incapazes, intimações e protestos, administração judicial (herança jacente) (op. cit. pág. 46).

É possível que paira certa dúvida, conforme a legislação em exame, para distinguir entre tais providências e as medidas cautelares, devendo a questão ser resolvida em função da natureza de cada uma delas. Se a lide principal exigir o resguardo de certos interesses antes da sentença final e para o fim de torná-la eficaz, surge a lide cautelar, “e o processo respectivo finda normalmente por sentença jurisdicional, que dirá sobre a procedência ou não da pretensão de segurança” (Galeno Lacerda, op. cit., pág. 27), obedecidas as fases próprias da jurisdição contenciosa, sendo exemplos de ações cautelares, nascidas de lides derivadas da principal (jurisdição contenciosa): arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição, etc. As cautelares serão de natureza administrativa (jurisdição voluntária) quando apenas satisfazem a necessidade de segurança, sem exigência obrigatória de lide e sem reclamar ato jurisdicional, porque desacompanhadas de questão a ser resolvida pelo juiz (ex.: produção antecipada de prova, justificação, protesto, etc.).

Portanto, aplica-se o PBA a todas as ações em que se exercita a função jurisdicional (diante de uma lide principal ou cautelar, com partes, processo, coisa julgada) e dele estão excluídos os procedimentos relativos à jurisdição voluntária nas diversas formas pelas quais se apresentam, como acima relacionado.

Jurisdição internacional. Em princípio, cada Estado tem poder jurisdicional nos limites do seu território, sendo ele exercido, no Brasil, pela autoridade judiciária, de acordo com a sua competência,



quando: o réu estiver domiciliado no Brasil; no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; a ação se originar de fato ocorrido ou de fato praticado no Brasil (art. 88 do CPC). É da competência exclusiva da autoridade brasileira a lide civil que versar sobre imóvel situado no Brasil e proceder ao inventário e partilha de bens situados no Brasil (art. 89 do CPC). O art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil, de 04.09.42, dispõe: "Art. 12. - É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. § 1º - Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil. § 2º - A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o *exequatur* e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências".

Os limites internacionais da jurisdição brasileira estavam definidos na sua legislação interna, como visto. O PBA veio alterar essas disposições tocante à matéria contratual, alargando a competência da autoridade brasileira para os casos que contempla, ao mesmo tempo em que atribui igual competência aos órgãos judiciais dos demais Estados-Partes do Tratado de Assunção.

O PBA versa apenas sobre a jurisdição internacional. Há uma questão sobre a jurisdição internacional quando se trata de verificar se algum órgão judiciário do Estado tem poder de julgar a lide oriunda de relação jurídica que tenha um elemento objetivo estrangeiro. Será meramente de competência a questão que se põe em um segundo momento: estando a matéria incluída na função jurisdicional do Estado, o tema da competência consiste em saber qual o órgão jurisdicional, dentro daquele Estado, com atribuição para julgá-la. A questão será de jurisdição internacional quando o conflito se põe entre autoridades jurisdicionais de diferentes Estados-Partes, isto é, quando se põe na relação um elemento estrangeiro. Ensina Goldschmidt: "ao passo que o âmbito da atuação dos



tribunais civis nas suas relações com o exterior, especialmente perante as demais autoridades, recebe o nome de jurisdição; quando se refere à relação dos diferentes tribunais entre si toma o nome específico de competência” (Derecho Procesal Civil, p. 163).

No Brasil, a definição da competência interna dos tribunais e juízos da Justiça Comum apresenta a dificuldade de um estado federal, que tem justiças organizadas em cada um dos Estados-membros e no Distrito Federal, separada a competência entre eles em razão do território, e a Justiça Federal, com competência para julgar os feitos de interesse dos entes federais e, ainda, entre outras matérias, as causas fundadas em tratado (art. 109, III, da CR).

São três os aspectos com que se apresenta o problema do conflito de jurisdição internacional, cuja solução implica definir: (1) a jurisdição de um determinado Estado em face da de outros; (2) a norma processual; (3) a eficácia da sentença estrangeira (Sarpa Lopes, Lei de Introdução ao Código Civil, III/75). Destes três, o PBA cuidou apenas do primeiro (tirante a referência do seu art. 14 ao Protocolo de Las Leñas).

A definição da jurisdição de um determinado Estado para processar e julgar a causa é questão diversa da escolha da lei aplicável para resolver a questão de fundo, pois em princípio não há nenhuma vinculação entre elas. Impende registrar, porém, a intercomunicação que existe entre elas, pois o juiz do foro eleito aplicará as regras do direito internacional do seu Estado.

2. A incidência do PBA é sobre a jurisdição relativa a contratos.

Contrato. O contrato é uma das fontes das obrigações. Tradicionalmente, são classificadas as fontes em: contratos (negócios jurídicos convencionais geradores de obrigações), quase-contratos (atos voluntários que não decorrem propriamente de um acordo de vontades,



como a gestão de negócios), delitos (ilícitos dolosos) e quase-delitos (ilícitos culposos). Também têm sido diferenciadas conforme sejam, fontes negociais ou não negociais (lei). No Brasil, ao lado dos contratos, o Código Civil trata das obrigações por declaração unilateral de vontades (títulos ao portador e promessa de recompensa) e obrigações por atos ilícitos (dolosos e culposos).

O negócio jurídico, na concepção moderna, se caracteriza pela “auto-regulamentação dos próprios interesses”, no qual o indivíduo dá por si mesmo regra aos seus interesses (Darcy Bessone, *Do Contrato*, p. 4/6), estabelecendo os efeitos que pretende alcançar com a avença. O negócio jurídico pode ser unilateral, quando “a manifestação de vontade de alguém entra no mundo jurídico e se faz negócio jurídico sem que precise ou venha a precisar de qualquer manifestação de vontade de outrem para o completar” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 31/05), ou bilateral, “quando resulta da entrada no mundo jurídico de vontade acorde dos figurantes, com a irradiação dos efeitos próprios” (Pontes, 38/6). O contrato é uma espécie de negócio jurídico bilateral, que se define como “o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial” (Bessone, *op. cit.*, pág. 21). Isso não significa que todo contrato seja bilateral. Para classificar o negócio jurídico, leva-se em conta a manifestação de uma vontade (negócio unilateral) ou o acordo de duas ou mais pessoas (negócio bilateral); já o contrato como tal, sendo um negócio bilateral (exige o acordo de duas ou mais pessoas), poderá ser classificado tendo em vista a correlação entre as prestações: o contrato é bilateral quando ambas as partes contraem obrigações, estando vinculadas a prestação e a contraprestação (compra e venda), ou unilateral, quando (havendo o negócio jurídico bilateral entre duas ou mais pessoas) só uma adquire crédito e só uma fica obrigada (doação, comodato, etc.).

Aplica-se o PBA aos contratos, sejam bilaterais ou unilaterais.



<http://bdjur.stj.gov.br>

Relações contratuais de fato. Pergunta-se se as relações contratuais de fato (que o Prof. Clóvis do Couto e Silva chama de atos existenciais) são atingidas pelo PBA.

A elas assim se referiu o Prof. Almeida Costa: “Esta nova categoria dogmática tem como um dos seus principais alicerces a idéia de que, na contemporânea civilização de massas, segundo as concepções do tráfico jurídico, existem condutas geradoras de vínculos obrigacionais, fora da emissão de declarações de vontade que se dirijam à produção de tal efeito, antes derivadas de simples ofertas e aceitações de fato. Quer dizer, a utilização de bens ou serviços massificados ocasiona algumas vezes comportamentos que, pelo seu significado social típico, produzem as conseqüências jurídicas de uma caracterizada atuação negociatória, mas que dela se distinguem”... “Decorre da doutrina exposta que a autonomia privada se realiza através de duas formas típicas: uma delas é o negócio jurídico, designadamente o contrato – no qual a aparência de vontade e as expectativas criadas podem ceder, diante da falta de consciência da declaração ou incapacidade do declarante; a outra reporta-se às relações contratuais fácticas – onde a irrelevância do erro na declaração e das incapacidades se justifica por exigências de segurança, de celeridade e demais condicionalismos do tráfico jurídico” (Direito das Obrigações, págs.161/162).

Pontes de Miranda supera a distinção e inclui tais relações no âmbito do negócio jurídico, ao afirmar que “alguns negócios jurídicos bilaterais podem resultar de atitude ou de ato que signifique manifestação de vontade do agente ou de outrem” (Tratado, 38/29). O incapaz que adquire um bem ou ingressa no trem realiza um negócio: “O menor de dezesseis anos que comprou o livro de histórias comprou bem: não há nulidade na sua manifestação de vontade, porque a ordem jurídica supõe que alguém que deu o dinheiro queria que o menor incapaz quisesse;



portanto, alguém quis". De acordo com essa lição, tais situações constituem relação contratual e a elas se aplica o PBA.

Outras quatro questões ainda surgem quanto ao termo "contrato", utilizado no art. 1º do PBA.

Contrato preliminar. A primeira diz com o contrato preliminar (compromisso ou promessa de contratar). No Direito brasileiro, é comum a prática da celebração de contratos de promessa de compra e venda de bens imóveis, feitos previamente à integralização do pagamento do preço ou do término da construção do prédio, o que justifica postergar a assinatura do contrato definitivo, com forma solene, para um momento posterior. A matéria está regulada em lei (Dec.-Lei 58/37; Lei 6.766/79, sobre parcelamento do solo urbano; Lei 4.591/64, sobre incorporações, etc.), e figura no Projeto do Código Civil no Título: Dos Contratos em Geral, arts. 461 e seguintes. Assim, não há dúvida de que as convenções preliminares são contratos: "Admite-se, geralmente, que o princípio da liberdade de contratar autoriza a celebração de qualquer convenção que não seja defesa, nos termos do Direito positivo. Nada obsta que os interessados prefiram estabelecer relações convencionais através de dois contratos sucessivos, um preliminar e outro definitivo, inclusive quando possam atingir fins em vista pela via, mais cômoda, do contrato único" (Bessone, op. cit., pág. 69).

Responsabilidade pré-contratual. A segunda questão se refere à responsabilidade pré-contratual. Poderá ser promovida uma ação perante a jurisdição definida pelo PBA para indenização pelo dano oriundo da fase pré-contratual, seja porque houve o rompimento das tratativas, seja porque o contrato celebrado era nulo? É conhecida a lição de Ihering, quem primeiro estudou o tema à luz do Direito Romano e lhe deu fundamentada solução, incluindo a culpa *in contrahendo* entre os casos de culpa de natureza contratual. A doutrina que se desenvolveu sobre a



matéria, porém, terminou desviando o fundamento para a responsabilidade fundada no princípio da boa-fé, presente desde os primórdios do processo obrigacional, ainda na sua formação, com as tratativas preliminares e formulação de propostas. Pontes de Miranda é enfático: “Devemos repelir a teoria do contrato tácito de responsabilidade, bem como a teoria da responsabilidade por analogia. O que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resultam relações jurídicas de confiança, e não só relações morais. O que há é dever de segurança de tráfico” (Tratado, 38/321). Também na Argentina, malgrado a controvérsia, a lição de Brebbia é no sentido de que se trata de responsabilidade de natureza extracontratual (Responsabilidade Precontractual, pág. 91).

Tenho por melhor a corrente que fundamenta na boa-fé objetiva a obrigação de indenizar surgida contra o pré-contratante que realiza contrato nulo ou rompe as tratativas de modo não justificado pelas circunstâncias. Trata-se de responsabilidade extracontratual.

Contratos coligados. A doutrina conhece a espécie de contratos mistos ou complexos, que reúnem elementos de dois ou mais contratos nominados, de que é exemplo o contrato firmado por companhia distribuidora de derivados de petróleo e os seus postos de venda, a englobar prestações de fornecimento, de assistência, de mútuo, às vezes de locação de vasilhame, etc. Ao lado desses, há o chamado grupo de contratos, contratos coligados ou conexos, que são contratos distintos, mas ligados por um elemento comum, seja de ordem objetiva, seja subjetiva. Embora distintos, as vicissitudes de um (causa de nulidade, descumprimento de uma das prestações, etc.) terminam por atingir o outro. A conexão tem sido definida mediante a utilização da noção de causa, reconhecida a união quando as partes resolveram realizar os contratos de modo global, de tal sorte que elas não teriam consentido



com um sem que o outro também tivesse sido concluído (Ghestin, Droit Civil, Les Obligations, 2^a ed., pág. 1026). Também se tem dito, na França, que os contratos estão sob condição suspensiva: resolvido um, o outro também se extingue.

Nos contratos coligados, os elementos definidores da jurisdição internacional poderão ser diferentes para cada um dos contratos (compra e venda internacional, financiamento nacional) e, nesse caso, o ato em que se fundamenta o litígio será o determinante para a aplicação do PBA. No exemplo acima, o litígio pode lavrar quanto ao financiamento. Em casos tais, embora se reconheça a conexão, tenho que a natureza de contrato internacional da compra e venda não se estende ao contrato de financiamento, no qual não há elemento transnacional, pelo que a lide que dele se origina não enseja conflito de jurisdição internacional. Essa conclusão não se aplica ao grupo de contratos em que haja expressa referência à subordinação de um ao outro, ou menção de ser um parte ou apêndice do outro, ou afirmativa de que a um se aplicam as cláusulas do outro, quando, então, de caso a caso, atentar-se-á para a totalidade da relação.

Subcontrato. No subcontrato, as relações entre os contratantes (a e b) não se alteram pela existência do subcontrato, e as cláusulas desse negócio é que serão consideradas para definir a jurisdição incumbida de processar e julgar a demanda que se instalar entre eles. Mantém a mesma autonomia a relação contratual entre um dos contratantes (b) e o subcontratado (c), de tal sorte que o litígio entre eles (b x c), em razão do subcontrato, será apreciado na jurisdição definida pela natureza do subcontrato. A demanda que se estabelecer entre o contratante que não é o subcontratante (a) e o subcontratado (c) é de natureza extracontratual e não está na área de aplicação do PBA.



Contrato internacional. O contrato é internacional quando nele existe um elemento que possa determinar uma conexão real com o ordenamento jurídico de mais de um Estado.

O Prof. Luiz Olavo Baptista (Dos Contratos Internacionais, Saraiva, 1994, p. 9 e seguintes) acentua que a maioria dos autores abandonou a idéia de definir contrato internacional, tais as dificuldades e peculiaridades que existem para qualificar contratos que possam envolver mais de uma ordem jurídica. Ele examinou o tema a partir de visão empírica (introduzindo elementos internacionais na relação para, afinal, distinguir entre os contratos de efeitos internos e internacionais); doutrinária (utilizando-se o critério de denominar contrato internacional aquele que dá lugar a conflito de leis, exige um elemento de conexão estrangeiro, que pode ser econômico (fluxo de bens entre as fronteiras) ou jurídico (pelos atos contratuais, situação das partes ou localização do objeto, o contrato tem laços com mais de um ordenamento); convencional (critérios e soluções estabelecidos em tratados e convenções); critério eclético ("é a importância do elemento de estraneidade que determina o caráter internacional do contrato"). Este parece ser o melhor critério, sendo com ele compatível a definição dada pelo Prof. Irineu Strenger, que considera contratos internacionais do comércio "todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável" (Contratos Internacionais do Comércio, p. 65).

Será preciso, pois, examinar cada situação concreta que se apresentar, na integralidade do processo obrigacional e de acordo com os parâmetros acima resumidos, para reconhecer-se a presença de um



elemento estrangeiro que, pela sua intensidade, conduza à caracterização do contrato como sendo de natureza internacional.

Contrato de natureza civil ou comercial. Ao referir-se a contratos civis e comerciais, o PBA abrange todos os atos que possam ser definidos como contratos realizados no âmbito do Direito Privado.

É civil a relação jurídica que se estabelece entre as pessoas, a família, as coisas, as obrigações e as sucessões; é comercial a relação especial definida como ato de comércio (a) por natureza ("negócios jurídicos referentes diretamente ao exercício normal da indústria mercantil, consistam propriamente na operação típica, fundamental (a compra e venda) ou naqueles outros atos que imprimem uma feição característica ao comércio (comissão, transporte, depósito, mútuo, seguro, etc.)", (b) por conexão, praticados pelo comerciante em virtude ou no exercício normal de sua profissão, ou (c) por força de lei (J.X. Carvalho de Mendonça, Tratado de Direito Comercial, I/451, n. 311). Dadas as peculiaridades da legislação estatal, a distinção entre atos de direito civil ou de direito comercial dependerá da legislação de cada país e está inçada de dificuldades. Tal distinção ficou aqui superada com a referência feita pelo PBA aos contratos tanto de natureza civil como comercial, e desaparecerá no momento em que se unificar o direito das obrigações, como está proposto no Projeto do Código Civil Brasileiro.

A diferença que deve ser estabelecida, então, é entre os contratos civis e comerciais, de um lado, ambos integrantes do Direito Privado, e os contratos que não o são. Parto do pressuposto de que existe uma diferença entre Direito Público e Direito Privado, ainda que cada vez mais se privatize o público, e o Direito Privado sempre mais se preocupe com as consequências públicas das ações privadas, reconhecendo-se mesmo a existência de um Direito Privado Coletivo, como propõe o em.



Prof. Ricardo Luis Lorenzetti (Las Normas Fundamentales de Derecho Privado, págs. 48/147).

O Direito Privado “existe se e enquanto há regras jurídicas que tratam os homens somente como indivíduos em relações uns com os outros. Desde que o interesse geral, ou algo que se tem como tal, passa à frente, o direito é público, porque admite a situação de poder dos entes coletivos que correspondem àqueles interesses” (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. I/72).

Todos os contratos celebrados por particulares são de Direito Privado, pois nenhum dos contratantes exerce o poder estatal. Alguns atos de que participam os entes públicos poderiam também ser incluídos nessa classificação, mas ainda nesse ponto fica facilitada a solução de eventual perplexidade: o PBA apenas atinge os atos dos particulares, com isso excluindo todos os contratos que, embora civis ou comerciais, e, portanto, de Direito Privado, tenham sido realizados por entidades públicas.

Os contratos celebrados por entidades privadas, ainda que criadas ou com a participação societária de entes públicos (sociedade de economia mista, fundação, etc.), são contratos civis ou comerciais e a eles se aplica o PBA. Igualmente, os atos contratuais das empresas concessionárias de serviço público, celebrados com particulares.

As entidades que fiscalizam atividades profissionais (tais como os conselhos de engenharia e de medicina) são consideradas de direito privado, exercendo sua função mediante delegação do poder público (Lei 9.649/98), só excluída a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB (art. 58, § 9º), quando exercer o poder de polícia administrativa da profissão, que permanece submetida ao direito público. Tirante essa exceção, os demais atos estão inseridos no âmbito do PBA.

Os sindicatos são associações livremente criadas (art. 8º, I, da Constituição da República), que adquirem personalidade jurídica com a inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, adotando, por isso, características de entidade de direito privado.

3. O domicílio ou a sede como fatores de determinação do âmbito de aplicação do PBA.

O art. 1º do PBA completa a enumeração dos requisitos que devem estar presentes na relação jurídica, para que sirva ela de suporte à incidência do Protocolo na solução do conflito sobre a jurisdição, mencionando o domicílio ou a sede dos contratantes.

Esse novo elemento não serve para caracterizar, só por si, o contrato como internacional ou definir a incidência do PBA, mas existe para limitar geograficamente a área de aplicação do Protocolo, que fica restrito ao âmbito regional. Quer dizer, o contrato pode ser internacional, mas se as partes não têm domicílio ou sede nas condições referidas nas alíneas *a* e *b* do art. 1º, não é caso de se usar do PBA para resolver eventual conflito de jurisdição. De outra parte, o domicílio ou a sede das partes pode se enquadrar nas hipóteses das alíneas *a* e *b* do art. 1º, mas nem por isso é de ser invocado o PBA, se esse elemento não se apresentar com força suficiente para definir o contrato como internacional. Não me parece correta a assertiva de que o fato de as pessoas físicas ou jurídicas terem sede em diferentes Estados seja o suficiente para invocar o PBA, se o ato não contém, além da diversidade subjetiva acima referida, qualquer outro elemento transnacional. Assim é que, por ex., o litígio oriundo de contrato de hospedagem celebrado e cumprido no Brasil por um turista argentino não terá sua jurisdição definida pelo PBA, embora as partes tenham domicílios diversos, na forma da alínea *a* do art. 1º, porque o contrato não é internacional.



O conceito de domicílio no Brasil está no art. 31 do CCivil: é o lugar onde a pessoa natural (ou física, na linguagem do PBA) estabelece a sua residência com ânimo definitivo. Se tiver diversas residências ou vários centros de ocupação, considerar-se-á seu domicílio qualquer deles (art. 32); se não tem residência habitual, no lugar onde for encontrada (art. 33). O PBA define domicílio para os fins do art. 7º, *b*, isto é, para quando não existir foro de eleição e couber ao autor escolher a jurisdição, recaindo a sua preferência no domicílio do demandado. Para isso, considera-se domicílio um dos lugares enunciados no art. 9º: residência habitual; subsidiariamente, o centro principal de seus negócios, ou, na ausência dessas circunstâncias, o lugar da simples residência. Vê-se que os critérios para definição de domicílio, tanto do CCivil do Brasil como os do PBA são substancialmente os mesmos. Porém, se houver disparidade nas soluções, deve prevalecer o que está estabelecido no PBA, para determinar a sua incidência.

A pessoa jurídica tem domicílio na sede principal da sua administração (art. 9º, 1, *b*). Se tiver sucursais ou agências, seu domicílio será considerado o lugar onde estas funcionem, no que concerne aos atos que ali pratiquem (art. 9º, 2). Não é muito diferente o regramento interno: as pessoas jurídicas têm domicílio no lugar onde funcionam as respectivas diretorias e administrações; havendo diversos estabelecimentos, cada um será considerado domicílio para os atos nele praticados (art. 35, IV, e § 3º, do CCivil).

Tendo as partes domicílio ou sede social em diferentes Estados-Partes, incide o PBA (art. 1º, *a*), atendidos os demais requisitos.

Também se aplica o Protocolo quando (I) embora apenas uma das partes tenha domicílio ou sede em um Estado-Parte, (II) haja sido eleito o foro (III) em favor de Juiz de um Estado-Parte e (IV) exista conexão razoável segundo as normas do PBA.



Quando apenas uma das partes tiver domicílio ou sede em país do Mercosul, esta poderá estabelecer com a outra (não integrante do Mercosul) uma cláusula de eleição de foro a fim de submeter a lide à jurisdição de um dos Estados-Partes. Essa opção só interessa para a comunidade quando escolhida a jurisdição de um outro Estado-Parte que não aquele onde tem domicílio ou sede a parte contratante; se for no mesmo Estado, a relação que se põe somente interessa a esse Estado e ao outro (fora do tratado), não ao Mercosul.

O Protocolo preferiu considerar, como elemento definidor, à falta de estipulação diversa, o domicílio existente ao tempo da celebração do contrato (ver art. 8, 2, *b e c*).

As condições em que será celebrada a cláusula de eleição de foro, veremos adiante.

O último requisito é o de que exista uma conexão razoável segundo as normas deste Protocolo.

A exigência é feita para não se submeter uma causa à jurisdição de um Estado que não tenha motivo razoável para nele exercer a sua jurisdição, e também para evitar que ocorram abusos. O mais comum desses desvios é a possibilidade de "*forum shopping*", pelo qual a parte escolhe a jurisdição que mais favoreça os seus interesses. A Convenção de Bruxelas tem proibição expressa de foros exorbitantes, a doutrina anglo-saxã elaborou o conceito de *forum non conveniens*, e os Estados Unidos ofereceram à Conferência de Haia de DIP, realizada em 1992, um documento no qual apresentam critérios para fundar a competência dos Tribunais, distinguindo três zonas: branca (ex: domicílio do demandado); negra (ex: domicílio do demandante; notificação do demandado durante presença temporária; determinação unilateral do foro); cinza (residual, desde que não seja caso da lista negra). (Ver sobre



o tema: Adriana Dreyzin Klor, Cooperación Jurídica del Mercosur, pág. 294; Amalia Uriondo de Martinoli, "Aspectos Contractuales. Prorroga de la Competência. La función de la Jurisprudencia de los Estados Parte", Pág. 198).

No caso do art. 1º, alínea *b*, o próprio Protocolo fornece o critério: razoável será o que estiver de acordo com as demais normas do próprio documento. O que significa dizer que a escolha não poderá ser abusiva (art. 4º) e deverá recair sobre a jurisdição do lugar de cumprimento do contrato, do domicílio ou sede social do demandado, ou do domicílio do demandante, quando demonstrar que cumpriu a sua prestação (art. 7º).

As medidas cautelares de natureza contenciosa devem ser propostas perante a jurisdição competente para a ação principal.

2ª Parte.

Passo a examinar, sucintamente, as demais disposições do Protocolo.

As exclusões constam do art. 2º, algumas necessárias, outras dispensáveis porque já fora dos limites estabelecidos no art. 1º, como os contratos administrativos, que são celebrados por entidades de direito público.

Entre os procedimentos análogos aos da falência e da concordata, inclui-se a liquidação extrajudicial das instituições financeiras (Lei 6.024/74). As ações que prosseguirem com o síndico, iniciadas antes da falência (art. 24, § 2º, do Dec.-Lei 7.661/45), não sofrem alteração quanto à jurisdição pelo fato da falência.



Os acordos realizados no âmbito do direito de família e das sucessões ficam excluídos do PBA quando celebrados em procedimento instaurado em razão de uma relação de direito de família ou de sucessões, ou destinados a regular uma dessas relações, tais como: acordo sobre a separação; uso, habitação e usufruto de bens comuns; prestação alimentícia; partilha de bens em vida (art. 1776 do CCivil), etc. Incluem-se aí os acordos realizados pelos companheiros em união estável, entidade familiar reconhecida na Constituição de 1988 (art. 226, § 3º, da CR), celebrados por causa da existência dessa união. As ações sobre contratos celebrados pelo *de cujus*, não oriundos de uma relação familiar ou sucessória, que se iniciam ou prosseguem com o inventariante ou com os herdeiros, se incluem na área do PBA.

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 da CR). A menção à sociedade como elemento ativo das ações destinadas a assegurar os direitos à previdência social tem permitido a assertiva de que pode haver nessa área contratos civis entre particulares, celebrados por empresas privadas que atuam na área de previdência, pelo que tais contratos estariam excluídos do Protocolo, nos termos da ressalva do art. 2º, item 3. Deve ser observado, porém, que a previdência social é financiada com recursos provenientes dos orçamentos públicos ou de contribuições sociais, enumeradas no art. 195, CR. Distingue-se da previdência privada por ser esta de caráter complementar e organizada de forma autônoma, como previsto no art. 202, CR. Portanto, a previdência social a que remete o art. 2º, nº 3, do PBA, é a previdência pública, exercida através de entidade pública, e os contratos que celebrar já estarão fora da sua incidência pela regra do art. 1º, que apenas admite contratos entre particulares. Porém, os contratos das entidades privadas



que se dedicam à previdência privada, complementar e autônoma, estes estão na regra geral de abrangência do PBA.

As relações de consumo compreendem contratos de fornecimento de produtos e de prestação de serviços. O art. 2º, nº 6, do PBA apenas excluiu os contratos de venda ao consumidor. A ressalva deve ter, como toda exceção, interpretação restrita, pelo que todos os demais contratos que não sejam de compra e venda, ainda que relacionados com o fornecimento de bens, e também todos os reguladores de prestação de serviços terão seus conflitos de jurisdição resolvidos pelo PBA. Essa disposição deve ser examinada em conjunto com o disposto no Protocolo de Santa Maria, que tratou da jurisdição internacional de demandas sobre relação de consumo, assim dispondo no seu art. 1º: “I - O presente Protocolo tem por objeto determinar a jurisdição internacional em matéria de relações de consumo derivadas de contratos em que um dos contratantes seja um consumidor, quando se tratar: a) venda a prazo de bens móveis corpóreos; b) empréstimo a prazo ou de outra operação de crédito ligada ao financiamento na venda de bens; qualquer outro contrato que tenha por objeto a prestação de um serviço ou fornecimento de bem móvel corpóreo. Este dispositivo se aplicará sempre que a celebração do contrato tenha sido precedida, no Estado do domicílio do consumidor, de uma proposta específica ou de uma publicidade suficientemente precisa e que o consumidor tenha realizado os atos necessários à conclusão do contrato. II. Ficam excluídas as relações de consumo decorrentes de contratos de transportes”. Isso significa que as questões sobre jurisdição internacional nas relações de consumo referidas no Protocolo de Santa Maria serão por ele regidas, uma vez integrado ao nosso ordenamento; as outras caem sob a regência do PBA, excluídas sempre as de compra e venda.

No direito brasileiro, o contrato de compra e venda está situado no plano do direito obrigacional, e mantém essa natureza, ainda



que tenha por objeto um imóvel; a transmissão da propriedade é que se situa no plano do direito real, e se dá com a transcrição da escritura no registro de imóveis. A exclusão dos litígios sobre direitos reais, *jus in re* (ações reivindicatórias, divisórias, etc.) constante do n° 9, não compreende as demandas sobre os contratos que servem de título causal do direito real, situadas no direito obrigacional, tais como as ações de anulação da avença por vício de vontade, resolução do contrato de compra e venda por incumprimento do devedor, etc.

O requisito processual da jurisdição internacional se dá quando o juiz “assume a jurisdição” (art. 3º), o que acontece no despacho que ordena a citação do demandado. Isso não significa que não possa, mais tarde, na mesma ou em outra instância, ser examinada a questão da existência da sua jurisdição.

O PBA dá por preferente a jurisdição eleita pelas partes (art. 4º), denominando de subsidiária a que é determinada por critérios normativos (art. 7º).

A cláusula de eleição deve ser escrita e não pode ser obtida de forma abusiva. O contrato de adesão não é local apropriado para a inserção de cláusula de eleição de jurisdição, devendo ser considerada obtida de forma abusiva toda aquela que não tenha sido objeto de específica manifestação de vontade da parte. Isso porque tal contrato resulta da elaboração do estipulante, que modela a sua forma e o seu conteúdo apropriadamente a seu favor. A jurisdição assim escolhida não pode ser considerada, pois presumidamente favorece o estipulante. Essa presunção de abusividade somente será afastável quando demonstrado que a eleição não significa qualquer dificuldade para o aderente exercer a sua defesa. Cabe ao juiz, de ofício, reconhecer a abusividade da cláusula e recusar-se a assumir a jurisdição.



Também será considerada abusiva a opção que não atender à exigência de conexão razoável mencionada no art. 1º.

As partes podem optar por tribunal arbitral, matéria hoje regulada no Brasil pela Lei 9.307, de 23.09.96, com alguns dispositivos *sub judice* no Supremo Tribunal Federal, para a definição de sua constitucionalidade.

O momento do acordo para eleição da jurisdição poderá acontecer desde a celebração do contrato (até antes, durante as tratativas, se já constava de termo escrito), durante a vigência ou mesmo depois, quando se tiver de propor alguma demanda sobre o contrato extinto. Se a ação se instaura durante o tempo de vigência do contrato e não constava dele a cláusula eletiva de jurisdição, ou se se instaura depois de sua extinção, também sem cláusula de eleição, as partes podem celebrar termo aditivo escolhendo a jurisdição, “uma vez suscitado o litígio”. Há de se entender que esse litígio é o extrajudicial, porque ao propor a ação já deve o autor dirigir-se ao juiz da jurisdição competente, nos termos do PBA. Isto é, instalado o dissídio entre as partes, podem elas acordar, para a instauração do processo, a opção por uma jurisdição, acordo que deve acontecer antes de ajuizado o pedido. Depois disso não, pois a jurisdição se define no momento do ajuizamento, cabendo ao juiz assumir ou não a jurisdição, de conformidade com o estabelecido no Protocolo (art. 3º); esse ato escapa à vontade das partes.

A eleição pode ser acordada em cláusula do próprio contrato, ou em termo aditivo, ou através de outros escritos, como cartas, telegramas, telex, *e-mail*, *fax*, etc. Se o contrato já está extinto, permanece a eficácia da cláusula para as demandas nele fundadas; igualmente, se, depois do prazo fixado para sua vigência, as partes continuarem mantendo relações; pressupõe-se que a cláusula permaneceu, se nada foi estabelecido em contrário.



O art. 5º, nº 2, tem uma regra de difícil compreensão. O que se há de entender do seguinte enunciado: a validade e os efeitos da eleição de foro serão regidos pelo direito dos Estados-Partes que teriam jurisdição, de conformidade com o estabelecido no presente Protocolo? Em primeiro lugar, deve ser dito que o PBA não foi elaborado para estabelecer qual o direito aplicável ao contrato, e sim para resolver o problema do conflito de jurisdição; em segundo, a validade e os efeitos da cláusula deveriam ser apreciados à luz do direito do Estado-Parte cuja jurisdição foi eleita e onde está sendo apresentada a petição inicial, e não daquele que teria a competência segundo o estabelecido no Protocolo, o que induz à idéia de que se trata da jurisdição normatizada no art. 7º. Tenho que a validade da eleição (abusividade da cláusula, nulidade ou anulabilidade por qualquer causa) e a sua eficácia (que compreende não apenas a possibilidade de execução da sentença, como também a definição das relações contratuais a que se refere) devem ser apreciadas pelo juiz a que submetida a causa de acordo com a lei aplicável ao contrato, pois a cláusula de eleição é parte integrante do conteúdo do contrato. Quer dizer, resolvida a questão da jurisdição e assim definido qual o Estado-Parte cuja justiça é competente, o juiz aplicará a lei a que está submetido. Mas não só por essa lei interna, senão também pelo que está normatizado no próprio PBA, quanto à forma, abusividade e momento da eleição de foro.

Talvez o objetivo dos redatores do Protocolo tenha sido o de remeter ao direito do Estado-Parte, cuja jurisdição seria competente, nos termos normatizados e genéricos do PBA, para a definição da validade do acordo que lhe retirou a jurisdição. Essa interpretação, contudo, fica eliminada com o disposto no nº 3 do art. 5º, que manda aplicar o direito mais favorável à validade do acordo. Isto é, ainda que, pelo direito do Estado que teria a jurisdição, se tenha de considerar inválida a cláusula, aplica-se preferentemente o do Estado escolhido, que não reconhece essa



invalidade. Não se trata, portanto, de cláusula de salvaguarda de jurisdição do Estado preterido pelas partes.

A jurisdição poderá ser prorrogada sempre que o demandado admitir voluntariamente o juízo sem jurisdição, e que o faça de forma positiva e não ficta. A forma positiva pode ser praticar atos no processo, exercendo a sua defesa, sem excepcionar a jurisdição. Não precisa ser uma manifestação expressa. O que não se admite é uma concordância ficta, que acontece quando o réu é revel. No caso de revelia, o juiz pode, de ofício, recusar-se a assumir a jurisdição se não houver cláusula eletiva e não ocorrer nenhuma das hipóteses do art. 7º.

A jurisdição subsidiária é a que fica à escolha do autor quando não há acordo sobre a eleição de jurisdição, podendo ser:

(a) a jurisdição do lugar de cumprimento do contrato, para isso considerada a obrigação que sirva de fundamento à demanda (art. 8º). Quando a demanda versar sobre mais de um contrato, a do contrato principal; quando a prestação decorrente da obrigação que serve de fundamento à demanda houver de ser prestada em mais de um lugar, a do lugar de cumprimento da prestação principal; se todas as prestações são equivalentes, em qualquer um deles. No art. 8º, nº 2, são estabelecidas regras de escolha da jurisdição conforme seja o contrato: sobre coisas certas e individualizadas, coisas determinadas pelo gênero, coisas fungíveis, ou sobre prestação de serviços;

(b) a jurisdição do domicílio ou da sede da pessoa jurídica demandada, regra que deveria ser a geral;

(c) a jurisdição do domicílio ou da sede do autor, quando demonstrar que cumpriu sua prestação. Há de se entender que se trata de prova preconstituída, apresentada quando da propositura da ação, versando sobre o cumprimento integral da sua prestação, ou, ao menos,



do seu adimplemento substancial. Se o cumprimento da obrigação do autor não aconteceu por recusa do réu, poderá aquele promover medida judicial de consignação, ou equivalente, e, assim, satisfazer o requisito da alínea c do art. 7º, para promover a ação principal na jurisdição do seu domicílio ou sede.

O PBA estabelece a competência dos juízes (não a jurisdição!) onde a pessoa jurídica tem a sede principal de sua administração para conhecer do litígio, sobre contrato internacional de sociedade, que surja entre os sócios sobre questões societárias.

Além das hipóteses do art. 7º, o autor também pode escolher a jurisdição do lugar onde foi celebrado o contrato para demandar a pessoa jurídica com sede em outro Estado-Parte.

A existência de vários demandados sugeriu a regra do art. 12, segundo a qual “terá jurisdição o Estado-Parte do domicílio de qualquer deles”. Há de se entender que sejam todos devedores de uma obrigação solidária ou de prestações equivalentes de um mesmo contrato. Se a obrigação de um é a principal, e a dos demais, secundária ou acessória, não é cabível a escolha da jurisdição destes se daí decorrer algum prejuízo ao devedor principal.

As demandas fundadas em garantia pessoal (as reais estão excluídas) ou a intervenção de terceiros (oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide, chamamento ao processo, arts. 56 e seguintes do CPC), “podem” ser propostas perante o Tribunal que estiver conhecendo da demanda principal. A regra há de se entender como obrigatória, pois não há modo de se admitir o exercício de duas jurisdições, por exemplo, uma para a ação e outra para a oposição.

A reconvenção é permitida quando se fundamentar em ato ou fato que serviu de base para a demanda principal (art. 13). O nosso



direito processual admite a reconvenção em termos mais amplos: quando a reconvenção seja conexa com a ação principal (“reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir” – art. 103 do CPC) ou com o fundamento da defesa (art. 315 do CPC). O PBA apenas admite a reconvenção em uma das hipóteses de conexão, qual seja, a que deriva da mesma causa de pedir.

As controvérsias que surgirem entre os Estados-Partes (não entre os particulares) em decorrência do PBA serão resolvidas mediante negociações diplomáticas diretas; frustradas as negociações, aplicar-se-ão os procedimentos previstos no sistema de solução de controvérsias, que prevêem ainda a consideração do grupo do mercado comum e o juízo arbitral (ver sobre o ponto Maristela Basso, *Mecanismos de Solução das Controvérsias no Mercosul*, Consulex, nº 09, pág. 52). Se a demanda já foi submetida ao juiz, a disposição do art. 15 não terá eficácia, porquanto a decisão judicial não admitirá revisão por algum dos meios previstos na legislação do Mercosul.



REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994. 222 p.

BASSO, Maristela. *Mecanismos de Solução das Controvérsias no Mercosul*. Consulex: Revista Jurídica, v. 1, n. 9, p. 52-55, set. 1997.

BESSONE, Darcy. *Do Contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 342 p. ps. 4-6, 21 e 69.

BREBBIA, Roberto H. *Responsabilidad Precontractual*. Buenos Aires: La Rocca, 1987. 279 p. p. 91.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência: exposição didática, área do direito processual civil*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 365 p. p. 36.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. I/451, n. 311.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. 329 p. p. 106.

COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 4 ed. Coimbra: Almedina, p. 161-162.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1951. 379 p. pp. 40 e 46



GHESTIN, Jacques. *Traite de droit civil: les obligations*. 2 ed. Paris: LGDJ, 1988. p. 1026.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Labes, 1936, p. 163.

KLOR, Adriana Dreyzin. *Cooperación Jurídica del Mercosur*, p. 294.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 8, T. 1, p. 20-27.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, III/75.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*. Argentina: Rubinzal – Culzoni Editorei, Santa Fe, p. 48-147.

Martinoli, Amalia Uriondo de. Aspectos Contractuales. Prorroga de la Competencia. La función de la Jurisprudencia de los Estados Parte, p. 198.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. Volumes 1/72, 31/05 e 38/06, 29 e 321.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. 3 ed. São Paulo: LTR, 1998. 824 p. p. 65.

